

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Júlio César Soares de Azevedo¹
Amanda Cristina de Souza Almeida²
Crisna Rodrigues Pereira³
Altair Gomes Caixeta⁴

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo delinear a conexão entre a Lei de Improbidade Administrativa e os princípios da discricionariedade e vinculação dos atos administrativos como deveres relacionados a competência do agente público. A administração para melhor atingir a consecução do seu fim vincula os atos administrativos a preceitos legais, contudo nesta incapacidade de prever todos os fatos administrativos concede um poder discricionário para o administrador aplicar os preceitos legais ao caso concreto. Porém devido à cultura ímproba os administradores utiliza-se de vários meios para lesar a máquina pública dos quais muitas vezes através de atos discricionários. Porém os atos irregulares não estão adstritos apenas aos atos discricionários, mas também a atos vinculados uma vez que diante de um preceito legal estes comumente tornam-se maculados por irregularidades. Em diversos meios administrativos verificam-se atos de improbidade seja infringindo uma norma seja inobservando preceitos principiológicos formando estes o espírito das normas. Os princípios administrativos se tornaram um guia para a consecução do fim pretendido pela administração, a sua simples inobservância poderá incorrer na lei de improbidade administrativa, que elencou em seu art. 11 os princípios que devem ser observados para a lisura dos atos administrativos.

Palavras-chaves: Vinculação. Discricionariedade. Administração. Princípios

ABSTRACT

This paper aims to outline the connection between the law of administrative misconduct and the principles of discretion and linking of administrative acts as duties related to the competence of the public agent. The administration to better achieve the attainment of your order binds the administrative acts the legal precepts but this inability to predict all the administrative facts grants a discretionary power to the administrator applying the

¹ Aluna do 10º período do curso de Direito da Faculdade Atenas.

² Professora do curso de Direito da Faculdade Atenas.

³ Professora da Faculdade Atenas.

⁴ Professor do curso de Direito da Faculdade Atenas.

legal principles to the particular case. But because the culture improbity administrators use various means to harm the public machine of which often through discretionary acts. But the irregular acts are not attached only to discretionary acts, but also the linked acts since before a legal precept these commonly become stained by irregularities. In several administrative means it turns out acts of misconduct is inflicting a standard inobservando logical principle forming these precepts is the spirit of the rules. The administrative principles became a guide for achieving the intended purpose by the administration, its simple failure may incur in the law of administrative misconduct, which has listed in its art. 11 the principles that must be observed for the smoothness of administrative acts.

Keywords: Binding. Discretion. Administration. Principles.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe a verificação dos atos de improbidade da administração pública e sua vinculação à prática de atos discricionários praticados pelo Administrador público dentro de um contexto legal e dentro da escola principiológica constitucional brasileira.

O artigo 37 da CF/1988 fixou os princípios da administração pública os quais iminuíram amplamente a discricionariiedade do administrador público, tornando-a uma ferramenta de administração pública que mesmo possuindo liberdade de atuação, vincula-se aos preceitos normativos.

A administração pública utiliza mecanismos para controlar seus próprios atos, filtrando e contendo-os afim de que não fujam aos princípios gerais do direito, gerando improbidade administrativa.

A Lei 8.429/92, denominada lei de improbidade, definiu o que se entende como ato de improbidade, o qual se resume na prática de atos contrários à ordem administrativa, possuindo um rol meramente exemplificativo do que se entende como ato improbo.

2 ASPECTOS GERAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A lei de improbidade nasceu com a finalidade de manter a moralidade pública, interferindo assim, em atos que maltratam a coisa pública, veio a ser criada a partir do projeto de lei nº 116 enviada pelo então presidente Fernando Collor de Mello, por se tratar a corrupção uma das maiores mazelas que ate então afligiam o país, porem,

ao adentrar a referida lei, faz-se um necessário cuidado devido aos comandos subjetivos que possui podendo estes enfraquecer a eficácia da norma tornando-a uma norma ineficaz seja pelo uso incorreto, trazendo todos os fatos ao seu contexto, seja pelo desenquadramento de fatos que se amoldam a seus comandos de forma clara e expressa.

Durante a vigência da lei, verificam-se excessos por parte do Ministério Público no qual condenou agentes públicos perante a sociedade antes mesmo do pronunciamento do judiciário. Assim torna-se necessário sua definição apesar dos conceitos abertos que possui. Segundo Alexandre de Moraes, (2002, p. 224 apud MATTOS, 2004, p. 02).

Atos de Improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público.

Nesse sentido para a correta adequação típica à Lei de Improbidade, deve haver a vinculação a coisa pública. Atentando para o devido cuidado quanto ao particular que possivelmente pode ser alcançado por esta norma, onde no enquadramento, o Ministério Público sem a devida atenção pode arrastar o particular para o esteio da norma, praticando o abuso de poder no qual poderá o particular intentar uma futura ação de reparação.

A lei de improbidade administrativa em um primeiro momento possui uma abrangência limitada para atos que enquadrem em seus dispositivos, caracterizados pela necessidade de punir o administrador desonesto que age de má-fé e não aquele desidioso inábil, conseqüentemente para amoldar-se a esta norma necessário se fará o dolo de agir, a vontade pura de lesar ou aplicar inadequadamente os princípios da administração.

A mera ilegalidade não é punida, mas a conduta ilegal, desonesta ou imoral voltada para a corrupção. Exigi-se um desvio de conduta do agente a fim de obter vantagens indevidas ou que gerem prejuízos ao patrimônio público, não bastando uma ação ou omissão formal sem um prejuízo.

Um ato que não lese o erário público concomitantemente inábil pode ser convalidado fundamentando-se no interesse público. O próprio STF entende ser a nulidade de um ato cabível quando afronta a legalidade e daí decorre um prejuízo.

Constata-se dois pontos quais sejam: uma irregularidade e a lesão ao Estado. Jurisprudências dominantes desafiam o art.21, I, da Lei de Improbidade Administrativa

que estipula a independência na ocorrência de dano ao patrimônio, conseguinte o entendimento jurisprudencial como da doutrina que se inclina a outro lado, defendendo a necessidade da ilegalidade acompanhada da imoralidade e desonestidade para caracterizar a violação da lei em comento, ou seja, o que defende é uma não posição generalizada de toda conduta ilegal como improba.

Nesse sentido é a fala de Radamero Barbosa Apolinário (2013):

Destarte, ímprobo é aquele que age com deslealdade no desempenho das atribuições funcionais, que transgride as normas da lei e da moral. Como exemplo, cite-se a concessão de favores e privilégios ilegais, a exigência de propinas, o desvio ou a aplicação ilegal de verbas públicas, entre outras. Necessário se fez delinear o conceito de agente público, definindo-os como todos aqueles que atuam direta ou indiretamente aqueles que possuem um vínculo com o poder público. Tanto a administração Direta, Indireta ou Fundacional APOLINARIO, Radamero Barbosa, Improbidade administrativa: o que vem a ser e como deve ser feito o seu controle. Disponível em(<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7521>). Acesso em 19/04/2013.

de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, Municípios e dos Territórios.

Demonstra-se amplitude ao não deixar ninguém excluído da área de ação das sanções dela decorrentes, serão punidos todos na forma do comando legal. Precisou ainda delinear o que seriam atos que efetivamente caracterizaria a improbidade administrativa. Nesta esteira entendeu-se que seria o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atos que atentem contra os princípios da administração pública, mantendo assim, com a inclusão dos princípios, uma indeterminação.

Tal indeterminação trouxe consigo um amplo subjetivismo para a referida lei, pois no direito pode comportar vários entendimentos em sua interpretação por não ser uma ciência positiva. O art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa como condutas improbadas aquelas que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. Alguns demasiadamente indeterminados outros apenas uma reedição da moralidade administrativa.

Os princípios são indissolúveis que conjuntamente formam o espírito das leis, norteando a ideia principiológica que fundamentara os atos da administração em todas as suas esferas, pois é a partir dos princípios que entendera a ideia básica e fundamental que norteava o agente público, atingindo assim a finalidade da administração, mesmo em sua indeterminação irá vincular os atos administrativos como preconiza a Lei de Improbidade.

2.1 DESVIO DE PODER

Os atos administrativos perfeitos necessitam de vários componentes para obter sua validade e eficácia possuindo-os será considerado como ato perfeito, caso contrario estará viciado incompleto, ensejando atos inexistentes, atos nulos ou anuláveis, os atos nulos nem sempre serão insanáveis sendo sanado o ato será valido. Toda via um ato administrativo necessita de no mínimo três requisitos quais sejam: agente administrativo capaz; objeto lícito e forma prescrita ou não proibida por leis gerais ou regulamentos.

No exame da capacidade do agente, verifica-se se o agente tem competência para a realização do ato, este requisito, não existindo capacidade, o agente nem se quer poderá ingressar no mundo jurídico.

O segundo requisito é o objeto, no qual será trabalhado pelo agente, é a substancia do ato, devendo por tanto ser licito e moral, possível e certo. Segundo José Cretella Junior (1978, p.40):

Objeto lícito é o traço do objeto que não contraria norma legal. Objeto moral é aquele que não contraria os princípios da ordem ética vigente em determinada coletividade, possível é o atributo que decorre de uma necessidade lógica, porque em todo ato jurídico, deve existir uma possibilidade de referencia as exigências físicas da realidade.

Quanto à forma, é um aspecto formal do ato administrativo possui caráter material, é a comunicação ou expressão, é a forma que se reveste o ato administrativo.

Fato é que, alguns atos, a sua forma poderá ou não ser necessária de modo que não sendo necessário não afetara a substância, a perfeição do ato. O quarto requisito é o motivo, alguns o identificam como causa, outros como fim, motivo é o que leva o agente a agir a editar determinado ato, contudo sendo requisito, alguns atos não necessitam de motivos, estes com o nome de atos imotivados.

O mérito torna-se o quinto requisito, é a oportunidade e conveniência o fim é o sexto, nesse visualizar a pretensão da administração, desvirtuando este fim estará atingindo um aspecto legal.

2.2 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS

O direito administrativo é constituído por princípios que desempenham um papel norteador da compreensão desta disciplina jurídica, possibilitando o equilíbrio entre as prerrogativas da administração e o direito dos administrados.

No art.37 da Constituição Federal são elencados alguns dos princípios que orientam a administração quais sejam: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; e eficiência, não se exaurindo no referido dispositivo, pois de forma esparsa pode ser encontrado outros princípios que serão acatados pelo Direito Administrativo. Segundo Rita Tourinho (2009, pg.69):

Por outro lado nem todos os princípios que norteiam a atividade administrativa se encontram expressos no texto constitucional, havendo e obrigando outros implícitos no ordenamento jurídico. Tais princípios, embora não enunciados em texto normativo explícito, esta contemplados nesse determinado ordenamento, em estado de latência, consubstanciando proposições normativas.

O princípio da legalidade possui uma relevância maior devendo em todos os atos da administração ser observado uma vez que o setor público só poder fazer aquilo que a lei permite, do contrario o ato será invalido, o agente exprime uma vontade estatal. Em um sentido amplo lei significa direito. Segundo Rita Tourinho (2009, p. 69/70.)

Trata-se, em verdade, da “pedra de toque” do Estado de Direito, onde se quer “o governo das leis e não o governo dos homens”. Cumpre recordar que o Estado de Direito tem por escopo proteger a sociedade das intemperanças do Poder Público, determinando que seus exercentes somente possam atuar em conformidade com um quadro normativo geral e abstrato, antecipadamente estabelecido. Assim, o princípio da legalidade é fruto da submissão do Estado á lei.

No princípio da impessoalidade entende-se que o agente deve agir com imparcialidade, não favorecendo uns em detrimento de outros, não leva em consideração se são amigos ou inimigos o interesse público deve vigorar, deve-se voltar para o coletivo.

O princípio da moralidade, exame subjetivo, abarca a moral administrativa e a moral comum vigente em uma determinada época, os valores são transitivos,

temporários. A moral muda com o ajustamento da sociedade em determinados conceitos. A moral administrativa baseia-se na legalidade e apesar de ser distinto da moral comum seu fundamento parte desta. É no princípio da hierarquia que consubstancia a estrutura linear da administração, visto que, em uma linha vertical o topo pertence ao órgão com maior poder à medida que desce esta linha o poder dos órgãos também enfraquece, ficando clara a hierarquia.

Vislumbra-se que os bens da administração são indisponíveis com base no princípio da indisponibilidade, no qual fica estabelecido em norma própria, havendo uma vinculação entre a norma e o ato do agente público. O princípio da razoabilidade consagrou-se como uma forma de frear a discricionariedade do administrador público inibindo comportamento antijurídico ou viciado juridicamente, limitando ou guiando seus atos mesmo sendo um conceito subjetivo toda via, agira juntamente com a conveniência e oportunidade. Segundo Rita Tourinho. (2009, p. 109).

Muitos autores referem-se á fluidez do conceito de razoabilidade, o que dificulta, em determinadas situações, afirma se um ato ou uma lei é ou não razoável. O que é razoável para alguns pode não ser para outros. Porem, tal fato não impede, que no caso concreto, se possa verificar se es meios utilizados para o alcance da finalidade, a qual se destina a norma jurídica, foram adequados á concretização dos valores de justiça contidos no sistema jurídico.

O princípio da tutela ou do controle tem por escopo, legitimar o controle da administração sobre suas entidades, não visa interferir na autonomia, mas tem o dever de fiscalizar e controlar a atuação das entidades, inibindo o desacordo para com o comando principiológico para o qual fora criada. Consoante o princípio da autotutela garanti o poder da administração para controlar seus próprios atos anulando ou revogando ou para punir agentes improbos.

3.CONTROLE PRINCIPIOLÓGICO DA DISCRICIONARIEDADE

É certo que não mais se aceita a violação aos princípios tanto por atos vinculados como discricionários, devendo esta e aquela espécie de ato administrativo atuar dentro do limite principiológico da administração, mesmo quando diante de conceitos indeterminados.

A Lei de Improbidade administrativa em seu art.10 utiliza-se de conceitos abertos quando aduz sobre ação ou omissão culposa, involuntária e que lese o patrimônio público, acarretara sanções da referida lei. Entende-se que a mencionada lei é uma espécie do gênero imoralidade administrativa no qual a desonestidade é seu ponto chave. Por tanto a conduta dolosa se torna o fator determinante da improbidade administrativa. Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos (2004 p.2013).

Nessa moldura, somente a conduta dolosa (consciente) é que devera ser considerada, em tese, com uma possível improbidade administrativa, sob pena de vulgarização da própria norma, com ferimento ao principio da razoabilidade, como será demonstrado a posteriori.

No que tange violação dos princípios administrativos entender-se que qualquer ato que não atenda os princípios administrativos incorrera improbidade administrativa, isso decorre da impossibilidade da lei prever todas as violações que de qualquer forma atente contra a moralidade administrativa.

A discricionariedade manifesta-se pela incapacidade do legislador visualizar e formalizar todos os atos da administração. Frente ao principio da legalidade o agente administrador atuara dentro dos limites da própria lei. Havendo o dolo de lesar o patrimônio público, poderá o agente se enquadrar na lei de improbidade administrativa. Do contrario não se entendera por este caminho. Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos (2004. p. 08).

Apesar do art. 21,I, da Lei de Improbidade Administrativa, estipular que na aplicação das sanções contidas em seu comando independe a ocorrência de dano ao patrimônio, a doutrina e a jurisprudência dominante firmaram uma corrente, quase que única, no sentido de que atos administrativos ilegais que não contemham imoralidade, caracterizada por devassidão e desonestidade, ficam fora do presente contexto. A lei em tela não possui o esteio de generalizar toda conduta ilegal como ímproba, pois senão estaria afastando o espectro da hipótese prescrita no art. 37,§ 4º, da CF, o que é vedado pelas regras de interpretação constitucional. [...].

O principio da moralidade por outro lado não concretiza como algo certo e acabado, muito embora possa ser associada ao desvio de poder, contudo não é objetivado, mas subjetivo variando no espaço e tempo definindo de diferentes modos, a justeza da conduta, honesta que se enquadra da ordem institucional, relaciona aos fins da administração. Rita Tourinho (2009, p. 82).

O princípio da moralidade ao determinar a ética na conduta administrativa, impõe á administração Pública a necessidade de se submeter aos ditames legais, observando a pauta de valores morais vigentes ao corpo social, para consecução do interesse público. [...]

Neste contexto ao optar por entre uma das medidas discricionárias, será necessário observar a lisura e boa-fé do contrario poderá ensejar correção pelo Poder Judiciário uma vez estar definido a possibilidade do STJ interferir nos aspectos de legalidade e moralidade. Contudo existe uma celeuma em torno dos princípios uma vez que constitui improbidade administrativa a violação dos princípios administrativos. Entende-se que a boa fé isenta o agente que por ventura venha causar um dano material. Por tanto o administrador inábil agindo de culpa não poderá ser responsabilizado com base na lei de improbidade, contudo devem-se observar os princípios administrativos. Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos. (2004, p. 04).

O objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.

O princípio da impessoalidade se relaciona com discricionariedade e vinculação, não se desligando tal princípio da moralidade administrativa. Vinculado será quando do dever de prestar a informação indistintamente ou direcionada a alguém que deve ter informação sobre aquele ato.

A forma prevista no art. 37,§ 1º da Constituição Federal é uma forma de publicidade que merece cuidado, pois não se confunde com promoção pessoal.

Porem a discricionariedade não alcança o princípio da publicidade. Com observância a Lei de Improbidade Administrativa, para caracterizar a violação deste princípio é necessária o dolo de agir. Nesse sentido é a jurisprudência² a qual transcrevemos abaixo:

Ementa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. ATO ÍMPROBO NÃO CARACTERIZADO. I. Os atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, bem como aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/92), exigem, para sua caracterização, elemento subjetivo doloso para sua caracterização, sendo admitida a modalidade culposa apenas com relação aos atos ímprobos de lesão ao erário, descritos no art. 10 do referido diploma legal. Precedentes do

STJ. II. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, a que se nega provimento.

3.1 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os alguns conceitos jurídicos possuem um campo amplo de significação do qual necessitam de um estudo sistemático acerca de sua interpretação para se obter seu real sentido, contudo não possuem uma exatidão legal, visto que as normas sofrem mudanças frente aos costumes. Rita Tourinho. (2009, p. 44).

Os conceitos jurídicos indeterminados, cuja extensão denotativa não pode ser determinada de antemão, não se limitam ao campo do direito público, sendo comum em todas as esferas do Direito. A boa-fé, autonomia de vontade, o conceito de fidelidade são alguns dos exemplos de conceitos jurídicos indeterminados aplicados no direito privado. A diferença é que, no primeiro caso, a atividade interpretativa, em princípio, será desenvolvida pelo administrador público. Na segunda hipótese, caberá ao juiz o alcance da significação do conceito impreciso.

Neste contexto infere-se que a administração pode mover-se legitimamente em todas as soluções que adote dentro da zona permitida pelos conceitos de alto grau de indeterminação, sendo a administração a melhor indicada para dizer a solução cabível. Segundo Rita Tourinho. (2009, p. 50).

Neste caso, entende que se estará diante de uma discricionariedade inserida em um conceito jurídico indeterminado, quer dizer, a própria definição de medidas urgentes comporta, inclusive na zona de certeza do conceito, inúmeras medidas, que serão adotadas segundo a conveniência e oportunidade requeridas pela situação.

Nos conceitos jurídicos indeterminados prevalece valores como boa-fé, probidade, justo preço ou que denotam a experiência do administrador. O interprete valorará cada situação e aplicará conforme o seu bom-senso. Sendo indeterminados e imprecisos, não oferecem uma margem de delimitação para o controle judicial uma vez não entender ser possível o juiz fiscalizar, dentro de conceitos que necessitam de um conhecimento técnico do assunto, a discricionariedade do administrador.

3.2 DISCRICIONARIEDADE E CONVALIDAÇÃO

O que é discricionário, também é entendido como ilimitado, pois o que é discricionário não pode ser entendido como limitado, portanto a apreciação de certos elementos ou aspectos dos atos administrativos deixa de ser discricionário e se tornam arbitrários, os motivos que determinam o agir do agente público é pessoal e subjetivo assim como a moralidade que pode não seguir o espírito da lei.

A moralidade é a legitimidade dos fins que determinam uma decisão, são subjetivos e variam segundo cada individuo, conhecendo o motivo determinante de um ato com todas as aparências de legalidade este poderá estar viciado de incompetência e excesso de poder. Segundo José Cretella Junior (1978, p.70-71).

Com efeito, “o ato não seria praticado não fosse à convicção de que uma determinada situação de fato impunha ou legitimava a sua pratica”. Posteriormente, vem-se verificar que a situação de fato, que funcionara como motivo determinante do ato, não era a de cuja existência se convencera a administração. O motivo não tinha fundamento na realidade. Era um motivo invocado de boa fé, mas [...] que se referia a fatos imaginários ou inexistentes.

Nesse sentido ao entender que o poder é discricionário para apreciação de certos elementos, logo deixa de ser discricionário e torna-se arbitrário para apreciação de outros elementos, como se observa no instituto da convalidação, ato também discricionário conforme art. 55 da Lei Federal n. 9.784/99, onde atos que possuem vícios de competência e de forma podem ser revalidados, fato que fere o princípio da legalidade, pois é uma recomposição da ordem jurídica violada, trazendo pequenos prejuízos ao interesse público. Segundo Márcia Fratari Majadas, (2005, p. 123).

A discricionariedade devesse sempre obedecer à forma prevista em lei para a sua realização e atender a finalidade legal de todo o ato administrativo de interesse publico. Se praticado por autoridade incompetente, realizado de forma diversa da prescrita em lei ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tais circunstancias, deixaria de ser ato discricionário para tornar-se arbitrário e ilegal.

Na discricionariedade é permitido utilizar-se de variedades de soluções justas, porem a norma possui um caráter aberto no qual o agente utilizara de um exame subjetivo seguindo a prerrogativa de sua posição privilegiada, no qual o administrador utilizando-se da discricionariedade agira visando interesse próprio.

Segundo Rita Tourinho (2009, p. 268):

Apesar de a discricionariedade ser um instrumento destinado a propiciar o melhor atendimento a finalidade legal no caso concreto, é sabiamente classificada como o verdadeiro “Cavalo de Troia” no cenário do Direito Administrativo do Estado de Direito, pois, ao invés de ser utilizada para fins de interesse público, passou a servir de instrumento a violação dos princípios administrativos. Atribui-se, e ainda hoje alguns doutrinadores atribuem, um conceito aberto a discricionariedade, impossibilitando questionamentos de atos coberto pelo manto da atividade discricionária.

No exame de conveniência e oportunidade caracterizará o mérito do ato administrativo no qual atingir a finalidade é um fim em si mesmo.

No que toca ao “Art. 10”. Lei nº 8.429/92 o entendimento é que o desvio caracteriza-se como conduta causadora de prejuízo ao erário independentemente de ser uma conduta dolosa ou culposa. Segundo Rita Tourinho (2009, p. 196):

È fácil relacionar-se a improbidade administrativa desta espécie com o exercício da competência discricionária. Veja que é exatamente no campo da discricionariedade, onde o administrador público poderá adotar tal ou qual comportamento, que circulam ofertas ou exigências de vantagens indevidas para a adoção de expedientes que agradem a um determinado grupo econômico ou político.

4 PODER VINCULADO E COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA

Os atos praticados no âmbito do direito administrativo têm por fim atender as necessidades públicas que prevalece sobre o particular, possuindo, no entanto alguns atributos como a presunção de legitimidade e veracidade, prazos especiais ou dilatados, neste contexto permanece sobre posição de autoridade e de comando.

Tudo gira em torno do administrador, a finalidade é a ideia que se extrai do direito administrativo. O órgão administrativo, com efeito, presumivelmente exerce seus atos, mesmo sendo eles discricionários, de forma legítima e verídica fazendo fé pública, no entanto destaca-se a ocorrência de improbidade administrativa. Segundo Rita Tourinho. (2009, p. 141.)

Muitos questionam o problema da improbidade no cenário nacional. É comum no nosso país a utilização da função pública para alcance de fins repudiados pelo direito. O dever-poder, mencionado por Celso Antonio

Bandeira de Mello, atribuído ao agente público para satisfação de interesses coletivos, é empregado como fonte de aquisição, usufruto e distribuição de vantagens e regalias.

A administração pública possui uma liberdade de gestão tendo como característica marcante a discricionariedade, não sabendo porém qual o real alcance do controle dos atos decorrentes da atividade discricionária, onde a legalidade, moralidade e oportunidade, constituem o seu reduto.

A lei não indica a posição principiológica a que deve ser seguida, constando uma característica ambivalente do direito, onde há possibilidade de um mesmo ato conter efeitos aprovados e reprovados em sede da administração poderá ensejar improbidade administrativa. Segundo Márcia Fratari Majadas (2005, p. 14).

A teoria do desvio de poder verifica-se no limiar da discricionariedade, ou seja, entre o limite e o término da faculdade e o início do desvio de finalidade. A subjetividade, na qual a doutrina se encontra inserida, dificulta a investigação da legalidade; o que implica a violação do Direito.

No estado de direito tem-se que a atividade administrativa é anteriormente determinada por lei, contudo não é possível prever todos os fatos da administração, neste contexto, de acordo com cada situação específica poderá os atos ser de forma vinculada ou discricionária.

Quando se diz vinculada, ou ato executivo por serem mera execução do preceito legal é possível visualizar duas direções a que poderá estar regida. Em primeira direção as autoridades administrativas estão dependentes as leis promulgadas pelo legislador e em segunda estão sempre sobre o controle do judiciário.

Estando o ato administrativo adstrito à vinculação limitar-se-á ao exame de constatação, observando se o ato amoldou-se a norma legal, verifica-se não ser possível um exame subjetivo atuando de forma automática, pois há uma norma anteriormente definindo o agir, mesmo aqueles atos que necessitem de uma avaliação estas jamais será subjetivas.

Diversamente da vinculação anteriormente aduzida à discricionariedade possui um entendimento simplório porém não entende caber liberdade do administrador, mas aplicara a mensurabilidade em cada ato editado ou praticado. Segundo Rita Tourinho. (2009, p. 14):

Na Administração pública brasileira, a discricionariedade que deveria ser instrumento para melhor alcance da finalidade legal, vem sendo utilizada para a prática de atos visando à satisfação de interesses pessoais ou de grupos econômicos e políticos.

A discricionariedade apresenta-se quando da imprevisão do preceito legal, não apresentando uma solução para o caso concreto caberá ao administrador à discricionariedade administrativa deixando-o livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato e sua utilidade no qual pela possibilidade o administrador muitas vezes age de forma a incorrer na Lei de Improbidade Administrativa.

Poderá ainda escolher quando o momento da aplicação do ato e a escolha dos objetivos. As escolhas das possibilidades cabíveis ao caso concreto deveram obedecer a critérios de conveniência, justiça e oportunidade definidas em lei, podendo haver uma aproximação entre vinculação e discricionariedade ensejada pela própria administração.

Em um sentido diverso da discricionariedade propriamente dita, existe outro entendimento a da chamada discricionariedade técnica, expressão utilizada para designar tipos de decisões que apesar de não serem discricionárias não são passíveis de controle pelo judiciário devido ao fato do conteúdo do ato possuir um elevado conhecimento técnico que somente os administradores possuem devido a sua formação. Segundo ROBERTO, Luiz Barroso, 2002, apud Mauro Roberto Gomes de Mattos, (2004, p. 68):

A particularidade dos atos discricionários consiste em que, embora competência, forma e finalidade continuem sendo elementos vinculados, a lei admite, de forma expressa ou em decorrência do emprego de conceitos indeterminados, alguma liberdade de decisão ao administrador quanto a motivação e ao objeto. Nessas hipóteses é que se encontra o chamado poder discricionário da Administração Pública [...].

Aspecto que se confunde com a discricionariedade administrativa é a arbitrariedade. Esta possui um duplo significado, entendendo serem eles o reverso da justiça e do direito e em segundo plano apresenta-se como algo que carece de fundamento objetivo, é contraditório a própria realidade.

A administração age de forma autorizada, uma subordinação à própria lei, os atos são motivados. Diferentemente, a arbitrariedade não age por motivação embora possua um pequeno grau de liberdade não se agarra totalmente a realidade funcionando ao arbítrio e capricho do administrador.

Arbitrariedade e discricionariedade são conceitos diferentes este como lembranças do passado na forma subjetiva de governar desprezando a lei. Com tudo

deve conter motivação suficiente e considerável. Aquela marca um conceito diferente de motivação seus atos são contraditórios, a diferença entre ambas iniciasse toda via com a motivação.

A lei faculta ao agente administrativo valorar a posição que melhor atenda ao interesse público. Os conceitos jurídicos a que o agente está adstrito vem seguido de uma ambivalência legal vez que seu conteúdo possui caráter inequívoco delimitando a realidade no qual se fará um exame de constatação não deixando porem dúvidas.

Por outro lado existem aqueles com conteúdo complexo de ser alcançada devido à vasta significação a que pode ser aplicada. Apresenta-se por uma inexatidão no qual transcende de forma a servir de ajustamento em casos particulares. Não se limitam ao direito público, sua interpretação será compelida ao administrador e em segundo plano caberá ao juiz. Sendo leis de aplicação interna é defesa a apreciação judicial, cabendo tão somente à apreciação administrativa que esta melhor indicada. Segundo Marcia Fratari Majadas, (2005, p. 134).

Nos conceitos jurídicos indeterminados depara-se com normas com juízo de valor ou experiência para tanto necessitam de um exercício de interpretação, pois seu entendimento varia de acordo com o tempo e espaço no qual chegara a uma solução a o caso concreto não lhe sendo possível a subjetividade na aplicação.

Os conteúdos indeterminados são suscetíveis de apreciação objetiva, a vista da existência no Estado de Direito, dos limites do poder discricionário que correspondem aos da função administrativa, no da ordem jurídica, no juízo conveniência-oportunidade para a realização de interesse público e relevante.

Em outro sentido é entendido como insuscetível de ser apreciado por outro poder, o que existe em verdade é um maior relevo acentuados a parte livre ou subordinada, mas ambas caminham juntas. O ato discricionário não é um todo orgânico, mas evidencia-se com os motivos ou o objeto.

A finalidade de um ato administrativo é evidentemente atender o interesse público, por seguinte quando o agente administrativo possui um poder discricionário para a consecução de sua justa finalidade a que esta ligada deixa de fazê-lo, incontestavelmente transcende o poder a que lhe foi conferido nesse sentido constata-se que o teto limite é o fim legal que demarca o poder discricionário.

Nesse sentido ao entender que o poder é discricionário para apreciação de certos elementos logo deixa de ser discricionário e torna arbitrário para apreciação de outros elementos do qual viola princípios administrativos.

Segundo Rita Tourinho, (2009, p.40.) “No arbítrio, o agente atua segundo seu exclusivo critério, desconhecendo limites jurídicos. Representa a vontade pessoal do titular do poder, que age impulsionado por paixões, caprichos ou preferências”.

Conforme dispõe o art. 5º, xxxv da Constituição Federal da Republica, o Poder Judiciário terá competência na apreciação de lesões ou ameaça ao direito. O referido preceito normativo encontra limite, no entanto quando do critério de conveniência e oportunidade na discricionariedade administrativa devendo estar em conformidade com a lei. Define-se por um exame subjetivo do agente sobre a melhor opção e quando diante de conceitos jurídicos indeterminados, termos imprecisos que permitem variedades de informações. Sendo incorreto dizer que somente esta ou aquela pessoa possui opinião condizente, justa em detrimento das demais.

Nos conceitos jurídicos indeterminados é cabível variedades de opiniões igualmente justas podendo estar carregadas de valores daquele que aplica ou julga que incontinentemente pode não estar corretamente ajustado ao interesse público. Pergunta-se se o próprio interesse público não seria um conceito abstrato, um conceito jurídico indeterminado.

4.1 IMPROBIDADE POR DISCRICIONARIEDADE EM SEDE DELICITAÇÃO

O art. 32 da lei de licitações (Lei nº 8.666/93) traz os meios de como devem ser apresentados à documentação cabível para a habilitação e demais critérios para o certame, contudo no seu § 1º prevalece que poderá haver dispensa no todo ou em parte, exemplo este de discricionariedade em sede de licitação.

O art.10inciso VIII da lei de improbidade administrativa institui o enquadramento no referido dispositivo, aqueles que deliberadamente impedem que o procedimento licitatório ocorra com competitividade.

Nesse sentido é a jurisprudência³ a qual transcrevemos abaixo:

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. POSSÍVEL OCORRÊNCIA DE FRAUDE. SOBRESTAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PELA AUTORIDADE COATORA. ABERTURA DE SINDICÂNCIA. PEDIDO LIMINAR. EXCLUSÃO DA LICITANTE VENCEDORA (APONTADA COMO FRAUDADORA). CONVALIDAÇÃO DOS DEMAIS ATOS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA LIMINAR.

1. Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Rádio Cultural de Vitória Ltda. contra ato do Ministro de Estado das Comunicações que suspendeu a Concorrência n. 080/2001-SSR/MC, referente à outorga de permissão de serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada em Estada/PE, por suspeitas de violação dos envelopes das propostas, o que configuraria fraude à licitação.

O art. 10 inciso VIII da Lei de Improbidade cita duas condutas das quais o administrador incorrera em improbidade, a primeira conduta caracteriza-se quando o administrador frustra a licitude do processo a segunda quando o dispensa indevidamente.

A dispensa indevida de licitação é uma não observação devida ao processo licitatório concomitantemente uma faculdade daquele que realiza o processo licitatório, favorecendo politicamente aquele que melhor lhe convier, não buscando a finalidade administrativa, lesando o bem público e ferindo o princípio da eficiência. Segundo TOURINHO, Rita. (2009, p. 198):

Nesta hipótese verifica-se, além da violação ao princípio da moralidade e eficiência, a afronta ao princípio da legalidade, uma vez que desatende as disposições contidas da Lei de Licitações, que determinam a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Desta forma, a conduta do agente, quando incursa neste inciso, ocorre em desatenção a uma norma de caráter vinculante.

4.2 IMPROBIDADES DE AGENTES POLÍTICOS EM CAMPANHA

Incorre em improbidade administrativa o agente político em campanha que pratica ato de: cessão ou uso de bens públicos em benefício de partido, candidato ou coligação; uso de materiais ou serviços pagos pelo poder público, além dos limites regimentais; cessão de servidores ou empregados públicos para comitês de campanha;

uso ou permissão de uso promocional de distribuição gratuita de bens ou prestação de serviços pelo poder público; nomeação, contratação, admissão, demissão, reclassificação e movimentação de funcionários públicos; nos três meses que antecedem o pleito: realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvada os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública; com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral; fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo; realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição; fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos.

4.3 DESVIO DE PODER POR ATOS VINCULADOS E DISCRICIONARIOS

A vinculação é um princípio do qual traduz a obrigatoriedade do administrador seguir expressamente os termos da lei, incorre em improbidade aquele que deixando de seguir o texto de lei viola o princípio da legalidade podendo decorrer tanto da vinculação quanto da discricionariedade. Segundo TOURINHO, Rita. (2009, p. 293):

Sabemos que, tanto no exercício da atividade vinculada como na atuação discricionária, os agentes públicos podem cometer atos de improbidade administrativa

em qualquer das suas modalidades, sujeitando-se as sanções previstas no art. 12 da Lei de 8.429/92. Verifica-se o nexo de ambos os princípios a improbidade quando da ocorrência do desvio de poder ou desvio de finalidade em atos expressamente delimitados que vinculam o administrador e quando possibilitam uma margem discricionária.

Segundo Tourinho, Rita (2009. pg. 241).

De duas maneiras pode manifestar-se o desvio de finalidade. Primeiro, quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público, ou seja; atua com perseguição de interesse particular, que pode ser de natureza política, econômica ou mesmo, sentimental. Segundo, quando o agente busca uma finalidade, ainda que de interesse público, que não poderia ser alcançada com a prática daquele ato. Assim, tem-se a situação de utiliza se a remoção com o intuito de punir o servidor faltoso.

O desvio de poder sempre esta agindo em desconformidade com o principio da eficiência e da moralidade seja em sua atuação discricionária seja agindo seguindo preceito expresso de lei. Segundo Hely Lopes Meirelles (1990, p.109):

"o desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal".

Apesar dos atos de improbidade por desvio de poder estar ligados a atos vinculados é no campo da discricionariiedade que encontra maior facilidade de ocorrência. No mesmo entendimento todos os conceitos jurídicos estão vinculados seja a normas legais seja a normas principiológicas. Segundo FRATARI, Marcia Maja das (2005, p. 145):

Para que ocorra o desvio de poder, são necessárias as presenças do sujeito e a autoridade administrativa, a causa eficiente do ato editado, as formas prescritas em lei, o poder discricionário e o fim, que devera ser sempre público.

O desvio de poder também entendido como abuso ou excesso configuram o vício de legalidade praticado em sede de poder discricionários atuando de maneira irregular ensejando a improbidade administrativa. Agindo com finalidade diversa de lei

praticando, tanto atos discricionários como vinculados, o administrador incorrera em improbidade administrativa conforme o art. 11 inciso I, da Lei de Improbidade administrativa.

Segundo Mauro Roberto Gomes de Matos. “É sabido que a administração pública é dotada de uma margem de discricionariedade e que ela encontra o freio necessário para pautar seus atos dentro do espírito traçado pela lei”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei de improbidade constitui uma barreira ao desvirtuamento da moralidade administrativa, de forma a impedir que seus agentes, pratiquem atos que não atentem para a finalidade precípua que consiste em atender o interesse público, de forma a melhorar o bem estar social permitindo também uma evolução econômica.

A administração pública vincula todos os atos administrativos, de forma a impedir a abertura de atos improbos, porem ao deparar com a discricionariedade nota-se que a improbidade decorrerá da discricionariedade dos atos administrativos não somente destes, mas também dos atos vinculados.

No exame da discricionariedade, entende-se ser a mesma uma discricionariedade vinculada, no entanto o fato de encontrar uma pequena vinculação, a corrupção, formas mais conhecidas de improbidade, ainda acontece de forma escancarada, nem mesmo a vinculação, é capaz de impedir o desvirtuamento do administrador público.

Entende-se que a vinculação sempre conterà, em menor grau um exame de discricionariedade, contudo a discricionariedade sempre estará em menor grau vinculada aos preceitos normativos e principiológicos da administração.

A violação do direito encontra-se no limiar da discricionariedade e da vinculação, no qual não se pode dizer que esta ou aquela, guardam conexão com a improbidade administrativa, mas ambas possibilitam que os administradores pratiquem atos diversos do fim específico.

O desvio de poder consiste no fim diverso daquele assinalado pela lei, do qual, a autoridade administrativa, sob a aparência de legalidade, toma rumo diferente do fim legal não atendendo a necessidade pública.

O conluio entre o particular e o administrador para fraudar a máquina pública, se torna um dos meios mais eficazes para burlar o sistema, uma vez que, o administrador age no limite da competência, seguindo parâmetros legais, mas que no fundo, está voltado, para interesse próprio. Daí pode se auferir que, a vinculação não impede por completo atos que atentam contra a improbidade.

A Lei de Improbidade Administrativa em seu art. 11 procurou abranger significativamente todos os casos que firam o interesse público no seu entender todos os atos ou omissões que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições ensejaram na referida norma. Constituem em uma limitação subjetiva Não se pode, porem, fechar os olhos para os mais sofisticados meios de cometer irregularidades devido o caráter patrimonialista dos administradores, que sob o manto da discricionariedade ou sobre normas legais, atuam a margem dos princípios administrativos. A cultura da improbidade permite que, sobre os diferentes meios, os administradores criem mecanismos capazes de burlar o sistema normativo, e ferir os preceitos legais e principiológicos, mesmo diante dos vários meios criados para coibir a pratica de tais atos. Porem o que importa, é a necessidade de sempre estar inovando nos meios para contenção dos atos ímprobos.

REFERÊNCIAS

APOLINARIO, Radamero Barbosa. **Improbidade administrativa**: O que vem a ser e como deve ser feito o seu controle. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 abril.2013.Disponívelem:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7521>. Acesso em: 24 abr. 2013.

ARMANI, Anderson Mangini. **Implicações jurídicas da contratação pela Administração Pública de servidos/empregado sem prévia aprovação em concurso público**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3581>>. Acesso em: 22 maio 2013.

FRATARI, Márcia Majadas. **Discricionariedade e desvio de poder em face de princípios constitucionais da administração pública**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.

MARANHAO, **Tribunal Regional Federal**, AP.1998.37.00.002477-9, Relator: Des. Cândido Ribeiro, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16 ed. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDONÇA, Paulo Halfeld Furtado de; VENEROSO, Pascoal Roberto et al. **considerações sobre o desvio de poder nas alterações dos contratos administrativos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 917, 6 jan. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7808>>. Acesso em: 19 maio 2013.

STJ. MS Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. **Julgamento em: 22/10/2008, publicado no DJ de 17/11/2008 p.6**. Acessado em 24/05/2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2056848/agravoregimental-no-mandado-de-seguranca-agrg-no-ms-13742-df-2008-0177332-3-stj> acesso em: 22 maio 2013

JusBrasil.TRF1.**ApelaçãoCível**.Disponivelem:<www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/navegue/2009/TRF1?p=12> Acesso em: 22/05/2013.

JusBrasil. STJ **Agravo regimental no Mandado de segurança** Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2056848/agravo-regimental-nomandado-de-seguranca-agrg-no-ms-13742-df-2008-0177332-3-stj>> Acesso em: 08 jun.2013.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa: Ação de Improbidade & Controle Principiológico**, 2 ed., Revista e Atualizada, 2009, 338p. Juruá.